

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Diana Patricia Montoya Giraldo
DEMANDADO	AFPs Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 01 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 001 2020 00252 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 184 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Confirma y adiciona

En la fecha, **veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de **apelación** interpuesto por la apoderada judicial de la **AFP Porvenir S.A.** y el grado jurisdiccional de **consulta** para **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Diana Patricia Montoya Giraldo**, en el que también se demandó a las **AFPs Protección S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**. Código de radicado único nacional 05001 3105 **001 2020 00252** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a emitir la decisión que corresponde,

según proyecto estudiado, discutido y aprobado en acta Nro.26 que se plasma a continuación:

Antecedentes

Pide la demandante, por conducto de su apoderado, se declare la ineficacia de su afiliación a la AFP Protección S.A., realizada el 1º de julio de 1995, y se ordene a su actual administradora, AFP Porvenir S.A., retornar a Colpensiones la totalidad de lo depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos. Ruega también condena en costas y gastos del proceso.

En sustento de ello afirma que, **nació el 06 de enero de 1962;** el 24 de mayo de 1988 se afilió al ISS; el 1º de julio de 1995 se trasladó a la AFP Protección S.A., porque un asesor de esta entidad la visitó en su trabajo y le informó que el ISS iba a ser liquidado porque estaba prácticamente quebrado, que en los fondos privados podía pensionarse antes de cumplir 57 años y que si realizaba aportes voluntarios el monto de la mesada sería superior que si continuaba en el régimen de prima media. Que el **1º de marzo de 2000** se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; el **1º de diciembre de 2000** tuvo nueva movilidad a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y el **1º de abril de 2007** se vinculó a Porvenir S.A.. Que para la fecha de presentación de la demanda se encontraba laborando al servicio del Municipio de Copacabana, en el cargo de técnico operativo, devengando un salario mensual de \$2.990.758. Que la pensión en el RAIS sería equivalente al mínimo legal, pues a pesar del tiempo cotizado no le alcanza el capital para financiar una equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en el RPM tendría una mesada de \$1.908.104. Puntualiza que su traslado del ISS a Protección *obedeció a*

la información engañosa y desinformación que se le suministró, y al ofrecimiento de unos beneficios que no eran ciertos; pues de haber tenido claro conocimiento de la forma de liquidación de las pensiones de los fondos privados, nunca se hubiera trasladado voluntariamente, que Protección nunca le suministró información adicional, consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para financiar una pensión anticipada, induciéndosele en error al momento de la movilidad entre regímenes, pues insiste, no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. Que el 27 de julio de 2020, con el fin de agotar la reclamación administrativa, solicitó a Colpensiones declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS AFP Protección S.A. el 1º de julio de 1995 y se ordenara a Porvenir retornar el saldo de su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, obteniendo respuesta negativa el 28 del mismo mes y año. Concluye haciendo alusión al desarrollo doctrinario y jurisprudencial frente al deber de información que tienen las AFP frente a los potenciales afiliados.

Subsanados los defectos advertidos por el Juzgado de conocimiento, en auto del **15 de abril de 2021, se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Enteradas de la actuación, las entidades convocadas por pasiva, dentro del término para ello, allegaron pronunciamientos, así:

Colpensiones, de los hechos acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación al régimen de prima media con cotizaciones interrumpidas entre el 24 de mayo de 1998 y el 07 de octubre de 1991 y la solicitud de retorno al régimen público; los demás supuestos no le constan por tratarse de situaciones ajenas a la entidad. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones, en especial permitir la movilidad entre regímenes por encontrarse la afiliada dentro de la restricción de 10 años prevista por el artículo 2º de la Ley 797 de

2003. Formuló las **excepciones** de inexistencia de presupuestos legales para declarar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen, prescripción, compensación indexada, buena fe de la entidad, e imposibilidad de condena en costas.

AFP Protección S.A., de los hechos tiene como cierta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a esa sociedad el 01 de julio de 1995, la que se realizó de manera libre y voluntaria, *después de recibir información amplia y suficiente frente al RAIS y el RPM, tal como consta en el formulario de afiliación;* también es cierto que se le explicaron los beneficios de hacer aportes voluntarios frente al monto de la mesada pensional; los demás supuestos no le constan o no son ciertos, la situación del ISS era de público conocimiento, infundiéndose rumores y noticias de manera generalizada, como publicación del periódico El Tiempo del 28 de julio de 1998 que titulaba El Seguro Social, en quiebra, estando los asesores capacitados para brindar la debida información; que a la demandante se le explicó que para una pensión anticipada debida financiar un monto del 110% del salario mínimo legal mensual vigente; que el monto de la pensión depende de circunstancias y condiciones particulares de cada afiliado, como edad, beneficiarios, expectativa de vida según tabla de mortalidad de rentistas, saldo en la cuenta de ahorro individual, factor actuarial, aportes voluntarios, regulación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin que fuera posible para la fecha de afiliación prever con exactitud el capital que requería para la pensión anticipada; se le explicó que en caso de optar por este beneficio el bono debía negociarse bajo las mismas condiciones, frente a la proyección pensional aportada no se indica quien la realizó y no se acreditan conocimientos técnicos. Insiste que entregó a la demandante la debida información sobre las características de los dos regímenes, las

diferencias, efectos y consecuencias del traslado, siendo estos distintos y excluyentes, correspondiendo a su reflexión interna determinar cuál le resultaba más ventajoso conforme a la información brindada y a sus condiciones o expectativas particulares. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el porcentaje aplicado a seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia y la genérica o innominada.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, de los hechos acepta la fecha de nacimiento de la demandante y que se trasladó a esa entidad el 1º de diciembre de 2000, de manera voluntaria y debidamente informada, como traslado de AFP, con el lleno de los requisitos legales y en ejercicio del derecho de libre escogencia que otorga el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; luego la actora tuvo movilidad a Porvenir S.A. en el año 2007. Los restantes supuestos no le constan por referirse a situaciones y entidades ajenas. **No manifestó oposición a las pretensiones**, tampoco **formuló excepciones de mérito**, peticionando una eventual exoneración de condena en costas y agencias en derecho.

La **AFP Porvenir S.A.** no allegó pronunciamiento, teniéndose por no contestada la demanda en auto del **25 de noviembre de 2021**, en que además se admitieron las restantes respuestas, se reconoció personería a los apoderados y se fijó fecha para audiencias de los artículos 77 y 80 del C. P. T. y de la S.S.; en la etapa pertinente de la primera diligencia, se tuvo como indicio grave en contra de Porvenir

S.A., el hecho de haber guardado silencio frente al libelo demandatorio.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito** el **19 de julio** del año en curso, declarando la ineficacia de la afiliación al RAIS solicitada por la demandante, *por falta al deber de información; quedando igualmente ineficaces los posteriores traslados entre administradoras a Colfondos S.A.... y Porvenir S.A.. Ordenó a Colpensiones, tener a la demandante válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual;* **ordenó a Porvenir S.A., trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones** *incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, estos porcentajes deberán ser indexados desde la fecha en que se descontaron.* Ordenó a **Protección S.A. y Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, indexados desde la fecha en que se descontaron por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dichas administradoras.** Declaró no probadas las excepciones propuestas. Impuso condena en costas a cargo de **Protección S.A. y Porvenir S.A.** a favor de la demandante, fijando el monto de las agencia en derecho a cargo de cada una, exonerando de esta condena a **Colpensiones** y a **Colfondos S.A..**

Mediante **recurso de apelación**, manifestó inconformidad frente a tal decisión la **apoderada de la AFP Porvenir S.A.,** solicitando la revocatoria total, pues para declarar la ineficacia del traslado se desconoció la actuación de la actora, quien se trasladó a Protección en 1995 a través de decisión inequívoca, realizando aportes y obteniendo rendimientos sin que se hubieren demostrado actos atentatorios o que

impidieran la libre escogencia de régimen pensional, realizando luego traslados horizontales entre administradoras del RAIS, sin que se pueda dejar de lado que si bien a cargo de los fondos existen una serie de obligaciones, estas también recaen en cabeza de los consumidores financieros, teniendo la demandante además conocimiento de la legislación, conforme lo reglado en el artículo 9º del Código Civil, pues para la época en que se trasladó a Porvenir ya existía la Ley 100 que era de contenido gratuito y acceso directo, sin que se pueda olvidar el cumplimiento de las obligaciones financieras y el deber de verificar los términos de los formatos que suscribió, lo que se desconoce al declarar la ineficacia.

Agrega que no se pueden desechar las actuaciones de la AFP, pues recibió un traslado horizontal, sin que haya lugar a retornar valores diferentes a la cuenta de ahorro individual y rendimientos, tal como lo prevé el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, pues el artículo 20 del mismo estatuto también establece que el 3% del aporte se destina a financiar los gastos de administración y seguros para la pensión de invalidez y sobrevivientes en el RPM, y en ese sentido estos gastos no financian la pensión, ni es un emolumento que corresponda al afiliado en ninguno de los dos regímenes, por lo que le es aplicable **la prescripción extintiva.**

Destaca que la AFP dentro de las gestiones de administración generó rendimientos financieros que equivalen al 64% del total de la cuenta y el restante porcentaje a los aportes, beneficiándose ostensiblemente la demandante con esta tarea, por lo que no es de recibo la condena a reintegro de gastos de administración indexados, ya que se le impondría doble obligación, pues también se retornan los rendimientos, tal como se explica por la Sala Laboral del Tribunal de Cundinamarca, en sentencia de la que cita radicación y el aparte que

considera ilustrativo, rogando revocar la indexación, teniendo en cuenta que todos los valores van a ser retornados actualizados y con los rendimientos se compensa cualquier diferencia económica al ser estos más altos que los aportes efectuados.

En favor de Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** hizo uso el apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando revocar la decisión de primer grado, para lo que argumenta que en este asunto no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en artículo 1741 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1508 de la misma obra, y si bien el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. del C.C., por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes preceptos para resolver un asunto en concreto; y finalmente el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, sin que **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARAN NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, descartándose la existencia de causal de nulidad del acto jurídico, pues la demandante realizó el cambio de régimen de forma libre y voluntaria, recibiendo previamente información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario, cumpliendo la AFP con la carga procesal impuesta, en la medida en que aportó los documentos que tenía en su

poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada al RAIS producto de una decisión libre e informada, permitiendo los descuentos con destino al fondo privado, siendo inequívoca su voluntad de permanecer en ese régimen pensional, citando como sustento la sentencia con radicado 47236 del 06 de abril de 2016, sin que sea jurídicamente viable imponerle a la AFP cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que se dio la afiliación, pues ello constituiría violación al debido proceso y a la confianza legítima, resultando forzoso concluir que la afiliada recibió información suficiente, sin que se preocupara por conocer aspectos para ella relevantes y que ahora echa de menos, pese a contar con distintos canales de atención.

A renglón seguido destaca que no se puede confundir la ineficacia con la nulidad absoluta y en consecuencia, atendiendo las orientaciones del artículo 1746 del Código Civil, no se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las previstas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación, debiéndose excluir de las restituciones lo relativo a cuotas de administración, como se explica por la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020.

Seguidamente cita apartes de salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán a sentencia de tutela 5912 del 13 de mayo del año en curso, peticionando analizar las circunstancias particulares del trámite, las que a su juicio exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos para la declaratoria de nulidad absoluta y tampoco para la ineficacia, cumpliendo la sociedad con la carga probatoria como lo refleja el formulario de afiliación, documento público que se presume autentico y además no fue tachado ni

desconocido en los términos de ley. Pide absolver a la AFP de las pretensiones incoadas en su contra.

El apoderado de Colpensiones, luego de hacer referencia a las pretensiones de la acción y a la decisión de primer grado, solicita tener en cuenta la limitación temporal frente a la movilidad de regímenes prevista en el art. 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 – e) de la Ley 100 de 1993, esto es, para quienes se encuentren a menos de 10 años para la edad de pensión; cita también el Decreto 2241 de 2010, norma que establece deberes para los consumidores financieros, transcribiendo el artículo 4º, enfatizando en que no se debe asumir y habilitar que en este tipo de asuntos la parte demandante tenga una actitud 100% pasiva. Seguidamente hace alusión al principio de sostenibilidad financiera, sustentado en la sentencia C 1024 de 2004.

En el evento de mantenerse lo decidido por la a quo, pide ordenar la restitución de todas las sumas aportadas por la demandante debidamente indexadas, incluyendo primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, reaseguros de Fogafin, frutos e interés y los aportes al fondo de solidaridad pensional, rogando **revocar e impartir absolución a su favor** sin que se le imponga condena en costa.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Son hechos debidamente acreditados: la fecha de nacimiento de la demandante, **06 de enero de 1962**, su vinculación al sistema pensional RPMPD, administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones, con empleadores privados, el 24 de mayo de 1988, efectuando aportes

hasta el 07 de octubre de 1991, por un total de **54,57 semanas**, quedando inactiva, y tal como lo resaltó la a quo, en interrogatorio de parte la actora manifestó encontrarse vinculada laboralmente al Municipio de Copacabana desde el **1º de marzo de 1992**, sin que de ello obre ninguna prueba; no se trajo copia de formulario de afiliación por Protección S.A., entidad en la que estuvo desde **30 de julio de 1995, hasta marzo de 2000**; posterior movilidad a la AFP Horizonte S.A. el **04 de febrero de 2000, efectividad 1º de abril del mismo año, marcándose en el formulario la casilla traslado de AFP, administradora anterior Protección S.A., empleador Municipio de Copacabana, cargo Técnico Catastro**, con posterior tránsito a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., entre el 25 de octubre de 2001 y el 31 de marzo de 2007; y finalmente, afiliación a Porvenir S.A., desde el mes de **abril de 2007**, donde actualmente continua haciendo aportes. En historia laboral generada por esta última AFP el **03 de marzo de 2020, se registran 54 semanas en el RPM – Colpensiones (ISS); 564 en otras administradoras; 698 Porvenir S.A., para un total de 1.316 en toda la vida laboral**, con aportes por el empleador **Municipio de Copacabana desde el ciclo 07/1995, hasta enero de 2020**.

De acuerdo con el recuento realizado, los argumentos de la apelante y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, a través de la AFP Protección S.A., con posterior movilidad a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., y luego a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, a la activación de la vinculación en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, con las correspondientes restituciones económicas y los conceptos que estas comprenden, y si

hay o no lugar a la compensación de los gastos de administración y porcentajes aplicados a seguros previsionales con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, al igual que si es o no procedente la indexación de los gastos de administración, puntos cuestionados por la apoderada de Porvenir S.A. al sustentar la alzada.

De entrada debe decirse que no es posible el análisis de la **excepción de prescripción** reclamado por profesional recurrente, toda vez que como ya se vio, **la AFP Porvenir S.A. no dio respuesta a la demanda**, y de acuerdo con el mandato del artículo **2513 del Código Civil**, *el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio*, habiendo precluido, por no allegarse pronunciamiento pertinente, la oportunidad para que esta sociedad formulara medios exceptivos tendientes a enervar las pretensiones.

Frente al tema de fondo se tiene que, reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008, en torno a la **carencia de efectos jurídicos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información, sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras**, existiendo unas reglas decantadas, entre ellas que la movilidad entre regímenes debe estar precedida de la debida información y transparencia, **para el caso concreto, teniendo en cuenta que el tránsito entre regímenes y posterior movilidad entre administradoras ocurrió entre los años 1995 y 2007**, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa, contenida entre otros en los arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 97,

numeral 1° del Decreto 663 de 1993, disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal, y por tanto el contenido mínimo estaba circunscrito a la **ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales**, lo que supone el análisis de la situación particular de cada afiliado ante el sistema, sin que se haya aportado medio de convicción sobre la **información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada, veraz, objetiva y transparente, en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la época**, por parte de ninguna de las AFP, obligación de ilustración a su cargo y que se debe brindar al momento de la vinculación, pues,

...la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información. Ver, entre otras, sentencias SL1688-2019 y SL5704-2021.

Y tampoco se infiera esta de los formularios de afiliación, pues se requiere la acreditación efectiva de una información completa, clara, integral y oportuna acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y funcionamiento del RAIS, toda vez que tales formatos contienen datos básicos y generales de la afiliada y, aunque traen pre impresa una declaración de voluntad, lo cierto es que, por ese solo hecho no es posible inferir que conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podía tener la decisión de trasladarse, lo que además, no puede considerarse satisfecho con una simple

expresión genérica; o con el hecho de que la actora no haya demostrado en el transcurso del tiempo inconformidad alguna. Además, por cuanto conforme al artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado, incumbe a quien debió emplearlo, por lo cual se insiste, no se agota solo con traer a colación los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, ya que ello no se puede satisfacer únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la persuasión certera sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendía a las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, (ver sentencia SL843-2022).

Tampoco es posible, como se afirma por la recurrente, estimar improcedente la ineficacia por estar motivado el retorno al régimen público en la diferencia de la mesada, ni entender ratificada la permanencia en el RAIS por el transcurso del tiempo, movilidad entre administradoras o actos de relacionamiento, ni considerar lo manifestado por la demandante en interrogatorio sobre el conocimiento de algunos aspectos del RAIS, argumentos que ya fueron expresamente analizados por la Sala de Casación Laboral en asuntos de similar naturaleza, a título de ejemplo basta citar lo explicado en sentencia SL1055 de 2022, en la se dijo:

... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

*Precisamente en este punto la Corte advierte que **la opositora ... sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.***

*Pues bien, como se explicó en las sentencias **CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021**, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte **CSJ SL249-2022 y SL259-2022**. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Por último, la quinta problemática está planteada desde lo fáctico. El censor controvierte que el Tribunal incurrió en un error manifiesto de hecho al valorar la demanda y su interrogatorio de parte, dado que de estas pruebas se concluía que las AFP demandadas no le entregaron información clara, cierta, comprensible, oportuna y, sobre todo, completa, de las

características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del traslado de régimen pensional, situación que a su juicio se corrobora con los testimonios practicados y los demás elementos de prueba que no fueron valorados.

*Pues bien, la Sala advierte que **para el Tribunal bastó la prueba de que hubo asesoría, simple y llana, esto es, que el actor afirmara en el interrogatorio de parte que recibió información acerca de los beneficios del régimen de ahorro individual, que obtendría «una mesada pensional igual o superior que en prima media con prestación definida y que en caso de que se fueran a retirar antes, les devolverían el capital».** Nótese que no se detuvo a verificar si esa información fue adecuada, si más que simplemente ofrecer una eventual mesada pensional superior era más conveniente presentar un marco de los riesgos y ventajas de cada régimen, sus formas y dinámicas de aplicación, condiciones de acceso, las decisiones que a futuro debían tomar para mejorar sus rendimientos y en el marco económico propio del RAIS, en suma, información suficiente, clara y transparente.*

En el anterior contexto y de acuerdo a la orientación expuesta, el Tribunal cometió efectivamente la transgresión que le endilga la censura, pues la referida desatención le impidió advertir lo evidente, esto es, que los enunciados fácticos antes referidos eran plenamente indicativos de que la administradora de pensiones acudió a argumentos poco objetivos para captar a la afiliación del actor.

Y si bien el demandante afirmó que «no leyó el formulario» de afiliación, tal circunstancia, como se indicó, no corrobora que recibió información completa y detallada en los términos descritos, pues se insiste, este documento es insuficiente para acreditar el deber de información.

***En esa medida, el ad quem se equivocó al atribuirle una confesión al accionante, pues desconoció que esta solo se genera cuando sus dichos le producen consecuencias adversas o que favorecen a la contraparte** -artículo 191 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa del 145 del Estatuto Procesal Laboral-, **lo cual no ocurrió en este asunto pues, se insiste, el deponente solo indicó que recibió asesoría y no que esta cumplía a plenitud el deber de información legal.** De hecho, nótese que el propio Tribunal extrajo que «confesó que (...) realizó traslado entre las AFP pues esperaba obtener mejor asesoría», lo cual reafirma su error fáctico evidente en su valoración.*

Estando la carga de la prueba de la información transparente y suficiente en cabeza de las AFP, porque:

- ***i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;***

- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*
- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;*

sin que sea requisito para su cumplimiento que el afiliado goce del beneficio de la transición o que tenga un derecho pensional consolidado, y tampoco es posible imponerle la carga de investigar permanentemente su situación ante el sistema, ni se exonera por la obligación de conocer la ley, pues precisamente es **obligación** de las administradoras velar por la efectiva realización de sus derechos en la forma en que más le beneficie, al ser estas las entidades con el conocimiento técnico suficiente y contar con los elementos para brindar las debidas explicaciones; siendo la consecuencia de la inobservancia de tal deber, **la ineficacia del acto de traslado de régimen en los términos de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, y como consecuencia de ello la movilidad entre administradoras del RAIS**, sin que la acción tendiente a obtenerla se vea afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción **cuando se está ante afiliados** (ver sentencias SL4062-2021 y SL756-2022), y el efecto de tal sanción, que las cosas se retrotraigan al estado anterior a la celebración del acto viciado.

De acuerdo con ello y por ser el precedente vigente en el órgano de cierre de esta especialidad, es el acogido por esta Sala de Decisión, sin que existan razones para su variación, advirtiéndose que **en lo atinente a los rubros a devolver una vez declarada la ineficacia**

del acto de traslado, su actualización mediante el mecanismo de la indexación, y la obligación de las AFP de asumir los valores descontados por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima con su propio patrimonio, surgen, entre otras, a partir de las sentencias **SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021** reiteradas, entre otras en las **SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022 y SL1055-2022**.

Es intrascendente que la parte actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización del asegurado(a), cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por las AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido vigente la vinculación, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida..."*.

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o de la demandante, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad.

Imponiéndose en consideración a lo anterior, **la confirmación de la decisión revisada**, pues dentro del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, se encuentran depositados los aportes, rendimientos, frutos e intereses y expresamente la juez ordenó a las AFP vinculadas al trámite restituir también los porcentajes aplicados a garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, **debidamente indexados**, rubros estos que serán asumidos con cargo al patrimonio de las administradoras, **restituciones que se harán dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.** Al momento de cumplirse la orden impartida a las AFPs los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, aspectos estos en que **se adicionan las órdenes impartidas.**

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse

mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir S.A. a quien se desata adversamente el recurso de apelación (art. 365-1 C. G. del P.). Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000,00 a favor de la demandante.**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **adiciona los numerales 3º y 4º de la parte resolutive** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario promovido por **Diana Patricia Montoya Giraldo**, contra las **AFPS Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Colpensiones**, para indicar que los valores a restituir por concepto de garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, debidamente indexados, están a cargo de los recursos económicos de cada administradora, para el caso Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A., y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a ellas; tales restituciones se harán dentro de los **treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión**, y al momento de

acatarse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En lo demás confirma.

Costas en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A., a quien se desata adversamente el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000, a favor de la demandante.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado